Wesen, insbesondere rechtliche Konstruktion des Wiederkaufsrechts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Milarch
aus Weimar,
Referendar am Landgericht zu Bremen.

Approbiert am 28. Juni 1906.

Berlin
Verlag von R. Trenkel.
1906.

41

Referent: Professor Dr. Oertmann.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.

Meinen lieben Eltern

dankbarst gewidwet.

Disposition.

I. Einleitung.
II. Begriff und Zweck des Wiederkaufsrechts.
III. Das historische Wiederkaufsrecht:
  1. im römisch-gemeinen Recht:
    a) das Wiederkaufsrecht und seine Rechtsnatur nach den Quellen,
    b) Verhältnis der fiducia zum Wiederkauf,
    c) Schluß;
  2. im deutschen Recht:
    a) historische Begründung,
    b) Wesen,
    c) rechtliche Natur;
  3. in den neueren Kodifikationen.
IV. Das Wiederkaufsrecht nach bürgerlichem Gesetzbuch:
  1. Wesen des Wiederkaufsrechts;
  2. die verschiedenen Konstruktionen:
    a) die Theorie des Rücktrittsrechts,
    b) die Theorie des Vertragsantrags,
    c) die Theorie des Einlösungsrechts,
    d) die Theorie des pactum de contrahendo,
    e) Anschauung Dernburgs,
    f) Anschauung Cosacks,
    g) Theorie des suspensiv bedingten Wiederkaufs.
V. Die Stintzingsche „Vorverpflichtung“ und das Wiederkaufsrecht; Schluß.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0087

Literaturverzeichnis.

1. Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, Stuttgart 1889.
2. Bechmann, System des Kaufs, Erlangen 1884.
3. Brinz, Pandekten, Erlangen 1871, Bd. II, 2.
4. Corasius, Miscellanea juris civilis, Cöln 1590.
5. Cosack, Lehrbuch des deutsch. bürg. Rechts, Jena 1903.
6. Cretschmar, Das bürgerl. Recht, Bd. I, Düsseldorf 1902.
7. Crome, Bürgerl. Recht, Bd. II, 1, Tübingen u. Leipzig 1902.
8. Crome, Franz. Zivilrecht, Freiburg i./B.
9. Dabelow, Handbuch d. heut. gem. röm.-deutsch. Pr. R., Halle 1803.
10. Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags, Festschrift, Freiburg i./B. 1871.
11. Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags im Archiv für d. ziv. Praxis, Bd. 71.
12. Deiter, Der Verpflichtungsvertrag, Marburger Inaug.-Diss. 1902.
13. Dernburg, Die Schuldverh. n. d. R. d. deutsch. R. u. Preußens, Halle a./S. 1901.
14. Dernburg, Pandekten, Berlin 1900.
15. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, Halle 1878.
16. Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. G.-B., Bd. I, Berlin 1899.
17. Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. I, Marburg 1901.
18. Faber, De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris, Decade XXII, Err. III.
19. Fischer-Henle, Komm. z. BGB., München 1900.

20. Förster-Eccius, Preuß. Priv.-R., II, Berlin 1896.
21. Glück, Ausführl. Erläuterung d. Pand., Bd. 16, Erlangen 1814.
22. Goldschmidt, Zeitschrift f. d. ges. Landesrecht, Bd. 1.
23. Göppert, Zur Lehre vom pactum de contrahendo, krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzg. u. Rechtsw., Bd. 14.
24. Haeberlin, System. Bearbeitung der in Meichelbecks historia frisingensis enthaltenen Urkundensammlung, Berlin 1842.
25. Hahn, Der Wiederkauf, eine zivilistische Studie, Magdeburg 1902.
26. Heise, Grundriß eines Syst. d. gem. Zivilrechts, Heidelberg 1834.
27. Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1900.
28. Heusler, Deutsches Privatrecht.
29. Jhering, Geist des röm. Rechts, II, 2, Leipzig 1858.
30. Koch, Allg. Landr. f. d. preuß. Staaten, Berlin u. Leipzig 1884.
31. Koch, Recht der Forderungen.
32. Kohler, Die Resolutivbedingung, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 15.
33. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., II, Berlin 1888.
34. Leyser, Meditationes ad. Pand., Spec. CXCI, De retrovenditione.
35. von Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg u. Leipzig 1867.
36. Meisner, Das Recht d. Schuldv., Breslau 1898.
37. Meister, Prakt. Bem. aus dem Kriminal- u. Zivilrecht, Bd. I.
38. Motive zu dem Entw. eines bürg. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich, II, Berlin u. Leipzig 1888.
39. Oertmann, Recht der Schuldverh., Berlin 1899.
40. Oertmann, Die Fiducia, Berlin 1890.
41. Planck, Komm. z. bürg. Gesetzbuch, Berlin 1900.
42. Platner, Der Wiederkauf, eine deutsch-rechtsgesch. Abhandlung in der Zeitschrift f. Rechtsgesch., IV, Weimar 1864.
43. v. Savigny, System d. heut. r. r. Rechts, III, Berlin 1840.

44. von Scheurl, Nebenbestimmungen bei Rechtsgesch., Erlangen 1871.
45. Schilling, Lehrbuch f. Inst. u. Gesch. d. röm. Privatr. III, Leipzig 1846.
46. Schloßmann, Vorvertrag u. d. rechtl. Natur d. sog. Realkontrakte, in Jherings Jahrbüchern Bd. 45.
47. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1904.
48. Schröder, Lehrbuch d. d. Rechtsgesch, Leipzig 1889 u. 1902.
49. Schweppe, Röm. Privatr., III, Göttingen 1831.
50. Seuffert, Prakt. Pandekteur., Würzburg 1852.
51. Sintenis, Das prakt. gem. Zivilr., Leipzig 1847, Bd. II
52. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.
53. Staudinger, Komm. z. BGB., II, München 1901.
54. Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverh., Jena 1903.
55. Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl.
56. Treitschke, Kaufkontrakt, Gera 1865.
57. Wendt, Lehrbuch d. Pand., Jena 1888.
58. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch d. gem. Zivilrechts, München 1837.
59. Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. II.

I. Einleitung.

Die Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Wiederkaufsrechts, welche neben der Betrachtung des Wiederkaufsrechts überhaupt der eigentliche Gegenstand unserer Erörterung sein soll, fand bereits im gemeinen Recht die verschiedenste Beantwortung, hat sich jedoch infolge der eigenartigen Regelung, welche das Wiederkaufsrecht im bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, eher noch schwieriger gestaltet.

Wie die Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch[1]) betonen, will das Gesetz der juristischen Konstruktion des Wiederkaufsrechts nicht vorgreifen. Der Gesetzgeber geht also von der richtigen Erwägung aus, daß seine Aufgabe erfüllt ist, wenn er die Verhältnisse des Lebens unbekümmert um die juristische Form zur vollen Befriedigung des rein praktischen Bedürfnisses regelt, und daß es Sache der Wissenschaft ist, sich mit dem Gegebenen auf ihre Weise abzufinden.

II. Begriff und Zweck des Wiederkaufsrechts.

Man versteht unter dem heutigen Wiederkaufsrecht den in einem Kaufvertrag oder im Anschluß an einen

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888, Bd. II, S. 340.

solchen später vereinbarten Vorbehalt, durch dessen Geltendmachung der Wiederkäufer (Verkäufer) dar Recht erhält, vom Wiederverkäufer (Käufer) das Kaufobjekt gegen Erstattung eines bestimmten Kaufpreises zurükzuverlangen.

Das Wiederkaufsrecht verdankt seine Entstehung zunächst dem Bedarf an Geld; das lehrt die geschichtliche Entwickelung. Zweifellos sind auch Fälle denkbar, wo andere Motive für die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts bestimmend sind; ein Hauseigentümer, der Krankheit halber auf unbestimmte Zeit das Klima wechseln muß und aus diesem Grunde sein Haus veräußern will, könnte sich beispielsweise lediglich im Hinblick auf seine mögliche Gesundung ein Wiederkaufsrecht vorbehalten. Indessen dieser und ähnliche Fälle sind Ausnahmen von der Regel und haben jedenfalls ursächlich nichts mit der Existenz unseres Rechtsinstituts zu tun. Da man nun, was man aus Not verkauft, nur ungern fortgibt, so ist der Zweck des Wiederkaufsrechts, dem Verkäufer die Möglichkeit des Wiedererwerbs offenzuhalten. Der Verkäufer wird also subjektiv in dem Kaufobjekt mehr oder minder nur eine Sicherheit für ihm „geliehenes“ Geld erblicken. Wäre dies nicht der Fall, so hätte offenbar der Abschluß eines einfachen Kaufgeschäfts näher gelegen.

Dabei wäre freilich die Frage nicht unberechtigt: Weshalb bedarf es in dem gewöhnlichen Falle eines Darlehens gegen Sicherheit noch eines anderen Instituts als des Pfandrechts? Hierauf ist einmal zu erwidern,

daß die Übereignung der „Pfandsache“ offenbar den Interessen des „Darlehensgebers“ am besten entspricht. Anderseits hat das Pfandrecht historisch — wobei an deutschrechtliche Vorgänge zu denken ist — den Zwecken der Sicherung zunächst auch ausschließlich gedient. Doch drängten mit der Zeit besondere äußere Faktoren, freilich unter enger Anlehnung an das Pfandrecht, auf Ausbildung des Wiederkaufsrechts.

III. Das historische Wiederkaufsrecht,

1. Im römisch-gemeinen Recht.

a) Das Wiederkaufsrecht und seine rechtliche Natur nach den Quellen.

Der römisch-gemeinrechtlichen Doktrin war das Wiederkaufsrecht unter der Bezeichnung pactum de retrovendendo bekannt. Für die Betrachtung dieses pactum ist zu unterscheiden zwischen dem, was die Quellen nach der herrschenden Meinung darüber enthalten, und zwischen der gewohnheitsrechtlichen Gestaltung, welche das Institut durch Doktrin und Praxis erfahren hat. Eigentliche Grundlage der juristischen Konstruktion können jedenfalls nur die Quellen bieten, da es im übrigen ganz darauf ankommt, welcher materiellen Auffassung des Instituts man sich anschließt.

Die Quellen, auf die man das pactum de retrovendendo stützt, sind vor allem:

1., l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5, „Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum

est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscriberet viro, in factum existimo indicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum."

2., l. 2 C. de pact. int. e. et v. comp. 4,54.

„Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt."

Die Ansichten über diese Stellen sind geteilt, doch erblicken die meisten darin ein pactum de contrahendo. Glück[1]) z. B. sagt unter Bezugnahme auf dieselben vom pactum de retrovendendo: „Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch der Käufer sich verbindlich macht, die gekaufte Sache dem Verkäufer oder desselben Erben auf Verlangen wiederzuverkaufen" und weiter, „von dem Rückkaufe selbst differiert er ebenso wie pactum de vendendo von dem Verkaufe selbst." Fast wörtlich dasselbe findet man im großen Teile der übrigen Litteratur; so erklärt Dabelow[2]) das pactum de retrovendendo, als einen dem Kaufkontrakt angehängten Vertrag, vermöge dessen sich der Käufer

[1]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Erlangen 1900, Bd. 16, S. 199.

[2]) Dabelow, Handbuch des heut. gem. röm.-deutschen Privatrechts, Halle 1803, Abt. II, S. 315.

anheischig macht, die verkaufte Sache wiederzuverkaufen“ und Schilling[1]) als einen solchen, „wodurch sich der Käufer verpflichtet, die gekaufte Sache dem Verkäufer auf dessen Verlangen wiederzuverkaufen.“ Von Neueren endlich erklärt z. B. Wendt[2]): „Pacta de contrahendo aber mit dem Inhalt, zum Abschluß eines Kontraktes zu verpflichten, sind z. B. pactum de mutuo dando, pactum de cambiando, die Vereinbarung von Vorkaufs- und Rückkaufsrechten usw.“

Hier und da beruft man sich auch noch auf andere als die erwähnten Quellen, nämlich:

l. 7 C. de pact. int. e. et v. comp. 4,54,

l. 6 C. eod.,

l. 1 C. Quando decr. opus non est,

l. 6 D. de rese. vendit. 18,5,

l. 2, 5 D. pro emtore 41,4; doch ist sich die Mehrzahl der Schriftsteller darüber einig, daß in diesen Stellen ein pactum displicentiae enthalten ist.

Nach den angeführten Definitionen handelt es sich also in den Quellen um ein pactum de contrahendo, m. a. W. um einen Vorvertrag, aus dem eine Verpflichtung zum Abschlusse des Hauptvertrags entspringt.

Aber mit keinem Worte deuten die Belege auf den Abschluß eines zweiten Vertrags hin; die wörtliche Übersetzung läßt vielmehr einen durch Nebenabrede dahin modifizierten Kauf erkennen, daß der Käufer

---

[1]) Schilling, Lehrbuch für Institutionen u. Gesch. d. röm. Privatrechts, Leipzig 1846, Bd. III, S. 651.

[2]) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, S. 495.

unmittelbar durch den Inhalt dieses Kaufgeschäfts gebunden ist. Denn nicht mit „verkaufen“ ist transscribere zu übersetzen, sondern mit reddere, wie Faber[1]) erwiesen hat; das entspricht weiter dem Wortlaut der Basiliken, welche an dieser Stelle sagen „*ἐξεῖναι μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασιν ἀναλαβεῖν αὐτόν.*“ Im genannten Sinne spricht sich auch schon Corasius [2]) bezüglich der l. 2 Cit. aus: „in qua tamen ne verbum quidem de pacto de retrovendendo, sed tantum de restituenda re oblato pretio, quae pacta inter se longe lateque distant.“

Aber wie konnte dennoch die Auffassung des pactum de retrovendendo als eines pactum de contrahendo allgemeine Anerkennung finden? Es genüge vorläufig, daß die Lehre vom pactum de contrahendo im gemeinen Recht nur wenig geklärt war und daß dieselbe eine ausführliche Begründung erst in der neueren Doktrin gefunden hat. Die Ergebnisse moderner Untersuchungen machen die Annahme, daß in den genannten Quellen ein pactum de contrahendo zu erblicken sei. jedenfalls unhaltbar.[3])

Auch Schriftstellern, die sonst am pactum de retrovendendo als pactum de contrahendo festhalten, steigen Zweifel auf, ob die Quellen eine solche Auf-

[1]) s. Glück, a. a. O., S. 205.

[2]) Johannes Corasius, Miscellanea iuris civilis, Cöln 1590, lib. III, cap. IX, S. 243.

[3]) Die nähere Begründung erfolgt zweckmäßig erst unten wo vom Wesen der Vorverträge noch des näheren die Rede sein wird.

fassung rechtfertigen.[1]) So hat man ein pactum displicentiae angenommen, und zweifellos ist eine gewisse Ähnlichkeit mit den für dieses z. B. in Betracht kommenden:

l. 6 D. de resc. vendit. 18,5 „Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur“ und:

l. 2,5 D. pro emtore 41,4 „Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit“ nicht zu verkennen. Doch liegt in l. 12 und l. 2. cit. die Berechtigung auf Seiten des Verkäufers; beim pactum displicentiae liegt sie, wie z. B. in vorstehend citierten Quellen, in der Regel auf der des Käufers, wie auch die entsprechende aedilitische Klage nur dem Käufer gegeben wurde. Ferner würde die in l. 31,22 D. de aedilit. edicto nur für 60 Tage gestattete Ausübung der Berechtigung mit dem Sinne unserer Quellen kaum vereinbar sein.[2])

Windscheid[3]) hält es mit Bezug auf die Quellen für möglich, „daß die Parteien nicht sowohl einen Vertrag auf Abschluß eines Kaufvertrags gewollt haben als einen bedingten (also suspensiv bedingten) Kauf-

---

[1]) z. B. Glück, a. a. O., S. 203 und Sintenis, Das praktische gem. Zivilrecht, Leipzig 1847, Bd. II, S. 638, Anm. 226.

[2]) Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 75 bezeichnet das quellenmäßige pactum de retrov. unter Betonung der Analogien geradezu als Gegenstück zum pact. displic.

[3]) Windscheid-Kipp, Pand. II, S. 600, Anm. 7.

vertrag.“ Dann aber dürfte man, wozu die Quellen allerdings drängen, die Bedingung nicht in einer Realoblation des Preises erblicken. Der Kaufvertrag als solcher kommt nicht durch Zahlung des Preises zustande, sondern diese ist eine inhaltliche Folge des perfekten Kaufgeschäfts. Nun könnte man ja die Worte „si ipse vellet“ und „sive ipsi ... pretium ... obtulissent“ auch so verstehen, daß eine einfache Willenserklärung den Rückkauf perficieren und daß die Regulierung desselben erst später erfolgen solle. Die ganze Auffassung ist jedoch zurükzuweisen, „nam nec ex empto actio aliqua datur, sed tantum ex vendito et praescriptis verbis, quae ambae ex primo contractu oriuntur.“ [1])

In den Quellen dürfte von einem eigentlichen „Wiederkauf“ ebensowenig wie im deutschen Recht[2]) die Rede sein. Es scheint sich vielmehr — wie bereits angedeutet — um ein dem Hauptvertrag angehängtes pactum adjectum zu handeln, welches auf Herausgabe des Kaufobjektes gegen Erstattung des Kaufpreises gerichtet ist. Derselben Ansicht sind z. B. noch Degenkolb[3]) und Göppert[4]); letzterer führt aus: „Die Dazwischenschiebung eines besonderen zweiten Kaufvertrags liegt nicht in der Absicht der Parteien beim Abschluß solcher pacta adjecta, deren etwaige

[1]) Corasius, a. a. O., S. 243.

[2]) Vgl. unten, S. 41 ff.

[3]) Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags, Festschrift, Freiburg 1871, S. 23.

[4]) Göppert, Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 407.

Einkleidung in Worte, welche dem bisher üblichen Schulbegriff entsprechen, nicht täuschen darf."

Und was steht der Auffassung entgegen, daß diesem pactum de restituendo eine Resolutivbedingung mit Wirkung einer obligatorischen resolutio ex nunc zu grunde liegt?

Kaum auf einem anderen Gebiete als dem der Bedingungen, insbesondere der Lehre von den Suspensiv- und Resolutivbedingungen, begegnet man im gemeinen Recht einer gleich großen Verschiedenheit der Ansichten. Bezüglich der Resolutivbedingungen ergeben sich die Hauptgegensätze je nach der Anschauung, ob man das Rechtsgeschäft selbst oder nur dessen Wirkungen bedingt sein läßt, ob man der Bedingung auflösende Kraft ex tunc oder nur ex nunc beilegt, ob rückwirkende Kraft nur bezüglich des Daseins des Rechtsgeschäfts oder auch bezüglich seiner Wirkungen und Folgen, ob man endlich die Auflösung ipso iure, d. h. mit absoluter Wirkung, oder nur mit obligatorischer Wirkung eintreten läßt. Der ersteren rein theoretischen Kontroverse steht ein bedeutendes praktisches Interesse der anderen gegenüber.

Eine einleuchtende Erklärung für die von der herrschenden Meinung als dinglich anerkannte Wirkung der römischen Resolutivbedingung gibt Kohler.[1]) Nach ihm ist diese dingliche Wirkung nicht, wie anderweitig aus äußeren Gründen angenommen wird, auf den Wechsel der Auffassung zurückzuführen, wonach im

[1]) Kohler a. a. O. S. 1ff.

älteren Rom die Resolutivbedingung als selbständiger Aufhebungsvertrag und somit von obligatorischer Wirkung und erst später als inhaerierender Bestandteil des Rechtsgeschäfts selbst und damit von dinglicher Wirkung betrachtet wurde. Kohler legt seinen Ausführungen die Unterscheidung zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigentum an res mancipi zugrunde und kommt so trotz der römischen Rechtsanschauung vom Eigentum als einem immerwährenden Recht zu dem erwähnten Resultat.

Da res mancipi nur durch zivile Erwerbsarten, insbesondere durch den Formalakt der mancipatio zu vollem römischen, dem sog. quiritarischen Eigentum übertragen werden konnten, die Hinzufügung einer Bedingung bei der mancipatio aber unzulässig war, so erübrigte, wollte man res mancipi resolutiv bedingt übereignen, außer der mancipatio cum pacto fiduciae die Möglichkeit, die Sache zunächst nur zu bonitarischem Eigentum zu übertragen. Dann blieb der Verkäufer dominus und behielt die rei vindicatio, welcher von seiten des Käufers nur die exceptio rei venditae et traditae bzw. die Publiciana in rem gegenüberstand. Erst nach ein oder zwei Jahren verwandelte die usucapio das bonitarische in quiritarisches Eigentum. Trat also die Resolutivbedingung vor vollendeter usucapio ein, so war die exceptio des Käufers beseitigt und der Verkäufer konnte mit der rei vindicatio gegen ihn oder einen dritten Erwerber vorgehen. Andernfalls aber war der Käufer dominus geworden

und nunmehr konnte nach dem erwähnten Grundsatz, daß das Eigentum ein immerwährendes Recht sei, die Auflösung des Kaufvertrags höchstens obligatorisch erfolgen. Als durch Justinian die Unterscheidung zwischen res mancipi und res nec mancipi definitiv beseitigt wurde, erhielten die von den Kompilatoren mit geringfügigen Änderungen dem Corpus iuris einverleibten Quellen, welche sich speziell auf Rechtsgeschäfte der erwähnten Art bezogen hatten, eine allgemeine Bedeutung und begründeten so die allgemeine dingliche Wirkung der Resolutivbedingung. Aus dem Charakter der angeführten Geschäfte ergibt sich von selbst, daß den so vereinbarten Resolutivbedingungen eventuell Wirkung ex tunc und zwar bezüglich Dasein, Wirkungen und Folgen des Rechtsgeschäfts innewohnte.

Folgen wir der Terminologie Kohlers, welcher diese als die „echten" Resolutivbedingungen bezeichnet, so sind alle übrigen, also die obligatorisch wirkenden Resolutivbedingungen mit resolutio ex nunc oder ex tunc „unechte" oder überhaupt nicht auflösende „Bedingungen", sondern Resolutiv„beredungen". Ihr besonderer Charakter ist quaestio facti.[1])[2])

[1]) von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871, S. 239, äußert über derartige Resolutivbedingungen: dann ist eben die Sache nicht mit einer Resolutivbedingung veräußert, sondern ohne eine solche und mit Beifügung eines bedingten Rückübertragungs-Vertrags.

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1871, II, 2, S. 1496, führt aus: Etwas ganz anderes als Resolutivbedingungen mit blos obligatorischer Wirkung sind obligatorische auf Wiederauflösung gerichtete pacta; indem er jedoch fortfährt: erstere

Unserer Auffassung, daß im pactum de retrovendendo, soweit dasselbe auf die Quellen gestützt wird, lediglich eine solche obligatorisch wirkende Resolutivberedung mit resolutio ex nunc zu erblicken ist, entspricht auch ganz die in l. 2 cit. gegebene actio ex vendito. Ferner stehen die daneben genannte actio praescriptis verbis und die in l. 12 cit. zu findende actio in factum mit einer solchen Auffassung nicht in Widerspruch. Diese Klagenkonkurrenz hat vielmehr einen lediglich historischen Grund. Es spiegelt sich darin der Ausgleich eines alten zwischen Sabinianern und Prokulianern bestehenden Streits. Erstere wollten, falls dem Hauptvertrag ein auflösender Nebenvertrag angehängt war, die actio ex contractu zulassen, letztere dagegen nur eine actio in factum oder praescriptis verbis.[1][2])

Wenn die Römer mithin ein eigentliches Wiederkaufsrecht nicht kannten, so lag das in erster Linie daran, daß sie ein solches Institut sehr gut entbehren konnten. In älteren Zeiten bot ihnen die mancipatio cum

---

sind eine contradictio in adjecto, verwirft er deren Existenzberechtigung und dürfte somit auf dem gleichen Standpunkt stehen wie Kohler.

[1]) Vgl. Glück, a. a. O., S. 226.

[2]) Für den Unterschied bezüglich der Zuständigkeit der Kontraktsklage oder einer solchen praescriptis verbis kommt es daher nicht, wie v. Wening-Ingenheim (Lehrbuch des gem. Civilrechts, Bd. II, S. 337) annimmt, darauf an, ob die Nebenabrede als pactum adjectum oder später als selbständiger Vertrag getroffen ist. Auch würden dann in l. 2 cit. für einen und denselben Fall kaum beide Klagen als zulässig erklärt sein.

pacto fiduciae ein ausreichendes Mittel, Kreditgeschäfte gegen Sicherheit abzuschließen, und später fanden sie Ersatz in ihrem fein ausgebildeten Pfandrecht.

b) Verhältnis der fiducia zum Wiederkauf.

Allerdings findet sich die Auffassung, als dürfe man die altzivile mancipatio cum pacto fiduciae, soweit dieselbe pfandrechtlichen Zwecken diente, mit dem gemeinrechtlichen Wiederkauf auf eine Stufe stellen. Doch schon die gänzlich verschiedenen Landes- und Zeitverhältnisse, aus denen heraus die beiden Institute sich entwickelten, lassen eine solche Möglichkeit zweifelhaft erscheinen.

Der Boden, auf welchem die fiducia als solche und mit ihr die Pfandfiducia emporwuchs, war das formenstrenge Recht des alten Rom, wie es in den zwölf Tafeln verkörpert ist. Gerade diese Formenstrenge zu mildern, dem äußerlich in seinen Wirkungen scharf begrenzten Rechtsgebilde gleichwohl eine selbständig wirkende, den verschiedensten Verkehrsbedürfnissen dienstbare innere Kraft zu verleihen, war die besondere, man möchte sagen, eigentümliche Aufgabe der fiducia.

Ihre Entstehung verdankt die fiducia der sogenannten interpretatio, welche das Institut aus dem Satze der 12 Tafeln „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“ herleitete und das selbe so des Rechtsschutzes versicherte.

In Verbindung mit der gleichfalls aus jener zwölf Tafelbestimmung abgeleiteten Möglichkeit der mancipatio nummo uno spielte das Institut im Rechtsleben des alten Rom eine bedeutsame Rolle. Das leuchtet ein, wenn wir uns die Eigenart der fiducia, über welche freilich die Meinungen noch vielfach auseinandergehen, in Kürze vergegenwärtigen. Dabei schließen wir uns der von Oertmann[1]) gegebenen Darstellung an.

Indem man der Mancipationsformel, m. a. W. der nuncupatio, die Klausel „fidi fiduciae causa einfügte, wurde letztere von der formal-rechtlichen Kraft der mancipatio mitergriffen und nötigte den Fiduciar, bei Vermeidung der Infamie mit der Mancipationssache so zu verfahren „ut inter bonos bene agier oportet". Daß letzteres dann auch den bei Eingehung der fiducia maßgebenden Parteiintentionen entsprach, dafür sorgte das zum eigentlichen Mancipationsakte nicht zugehörige pactum fiduciae; dieses mußte — in ihm allein konnten die näheren Vertragsbedingungen ausführlich dargelegt werden — dem Richter eine willkommene Richtschnur sein, wie er das „ut inter bonos bene agier oportet" auszulegen habe. Nun lag es ganz bei den Parteien, dem pactum fiduciae einen beliebigen, z. B. auf Sicherung, Verwahrung, Auftrag etc. gerichteten Inhalt zu geben. Was sich uns also im späteren römischen Recht als selbständiges Kausalgeschäft zeigt, das mußte zur Zeit des zwölf Tafelrechts großenteils den Umweg durch die Fiducia machen.

[1]) Oertmann, Die Fiducia, Berlin 1890.

Die Pfandfiducia insbesondere war hiernach eine der mannigfachen Formen der Fiducia überhaupt.

Der gemeinrechtliche Kauf auf Wiederkauf stellt sich seiner Entstehung nach dar als gewohnheitsrechtliche, jedoch durch die oben behandelten Stellen des Corpus juris beeinflußte Fortbildung des reindeutschen Wiederkaufsrechts. Letzteres wiederum hat seine Wurzel im deutsch-mittelalterlichen Pfandrecht und war berufen, — aus welchen Gründen, ist unten des näheren auszuführen, — während mehrerer Jahrhunderte geradezu die Rolle des Pfandrechts selbst zu übernehmen. Während die Pfandfiducia also im Rechtsverkehr des alten Rom die erste und ausschließliche Form für Darlehnsgeschäfte gegen Sicherheit bildete und das Pfandrecht als solches sich erst in späteren Jahrhunderten, mehr oder weniger beeinflußt von der Fiducia, entwickelte, entstand der Wiederkauf aus dem vorhandenen Pfandrecht heraus und war gewissermaßen nur eine besondere Spielart desselben.

Wie aber verhalten sich die rechtlichen Eigenschaften der beiden Institute?

Bei der Fiducia wie beim Wiederkauf ging das „Pfandobjekt“ zu vollem Eigentum des Erwerbers über. Bei beiden wirkte insofern, wenn man an dem praktischen Charakter der Institute als Darlehensgeschäften gegen Sicherheit festhält, der Rechtserfolg in gleicher Weise über den erstrebten Zweck hinaus. Während aber das für beide Institute — wenigstens im wirtschaftlichen Sinne — die Grundlage bildende Darlehen

sich bei der Fiducia nicht notwendig als Mancipationspreis darstellte,[1]) erschien dasselbe beim Kauf auf Wiederkauf stets als Kaufpreis. Und dementsprechend war beim Wiederkauf, solange vom Wiederkaufsrecht kein Gebrauch gemacht war, von einem Forderungsrecht des Käufers nicht die Rede, während bei der Fiducia die Hingabe des Darlehens ein selbst durch fiduciae datio unberührt bleibendes Forderungsrecht begründete.[2]) Allerdings war es tatsächlich ein eigentümliches Forderungsrecht, das der Fiduciar hatte; denn dasselbe im Klagewege geltend zu machen, war er nach erfolgter fiduciae datio durch das „ut inter bonos bene agier oportet" und die drohende Strafe der Infamie ebenso behindert wie vor Fälligkeit des Darlehens in der Verfügung über die fiduziierte Sache. Beim Wiederkauf begründete die vertragswidrige Veräußerung der Sache für den Käufer lediglich eine Verpflichtung zu Schadensersatz; von den besonderen Wirkungen des pactum fiduciae konnte hier natürlich nicht die Rede sein. Beim Wiederkauf kamen die Nutzungen der Sache dem Käufer zugute, bei der Fiducia minderten sie das Forderungsrecht des Fiduciars.[3])

[1]) Vgl. auch wegen des Folgenden Oertmann, a. a. O., S. 178 ff.

[2]) Dafür spricht, wie Oertmann, a. a. O., ausführt, zunächst die Ausdrucksweise der Quellen, in welchen auch nach erfolgter fiduciae datio noch von creditor und debitor die Rede ist; ferner würde l. 22 pr. D. XIII, 7 nicht von einer Anrechnung auf das debitum sprechen, wenn dasselbe nicht mehr bestände.

[3]) Oertmann, a. a. O., S. 182, argumentiert aus l. 24 pr. D. 13 7, gegen die in Frage stehende Auffassung: Die daselbst

Auch ist der für einen wirklichen Kauf auf Rückkauf naheliegenden Erwägung, daß als Wiederkaufpreis auch der Schätzungspreis der veräußerten Sache zur Zeit des Wiederkaufs in Frage komme, in den Quellen nirgends Erwähnung getan.

Nach Vorstehendem dürfte aber einer Gleichstellung der Pfandfiducia und des Wiederkaufs das Wort kaum zu reden sein.

c) Schluß.

In der gemeinrechtlichen Doktrin wird des weiteren die Ansicht vertreten, daß man das Wiederkaufsrecht als echte Resolutivbedingung, also mit Wirkung einer resolutio ex tunc, vereinbaren könne, nämlich um damit unliebsamen Verfügungen des Käufers vorzubeugen.[1]) In solchem Falle fiele aber mit Eintritt der Resolutivbedingung das Eigentum ipso iure und zwar in seiner ursprünglichen Gestalt an den Verkäufer zurück; folglich wäre es wohl, wenn man mit

---

erwähnte impetratio possessionis könne doch nur Sinn haben, falls der Fiduciar keinen Käufer gefunden und nunmehr das Pfand selbst zugeschlagen erhalten habe. Sei er aber schon Käufer gewesen, so habe seine Forderung nicht mehr bestanden und er habe sich auf dieselbe nicht mehr berufen können. Auch habe erst die impetratio possessionis den Untergang der Forderung zur Folge, nicht schon die frühere Fiduziierung, und damit hänge zusammen, daß der Fiduciar erst jetzt eine actio utilis ex empto erhalte, die ihm im Falle eines Kaufs schon mit dem Abschlusse der fiducia zugestanden hätte.

[1]) Vgl. z. B. Schweppe, Röm. Privatrecht, Göttingen 1831, Bd. III, S. 406 und Dabelow, a. a. O., S. 1305.

der gemeinrechtlich herrschenden Meinung davon ausgeht, daß der Wiederkauf ein wirkliches Kaufgeschäft ist, ein Widerspruch, hier von „kaufen“ oder „wiederkaufen“ zu reden. Der letzteren Ansicht scheint auch Heise[1]) zu sein, indem er das Wiederkaufsrecht dann nicht als solches, sondern eben als Resolutivbedingung betrachtet. Und Faber[2]) führt treffend aus: „Cumque primi auctoris ius illud fuerit, quod rei venditae plenum dominium sibi acquisiit, fieri certe nequit, ut ius ipsius aliter resolutum videatur, quamsi numquam dominus fuisse credatur, quod tamen per solum pactum de retrovendendo fieri nequit, cum nec aliter possit utilis retrovenditio fieri, quam si prius venditio teneat et subsistat.“

Ähnliches gilt für die Meinung, als könne man sich „für den Fall des Wiederkaufes das Eigentum . . . vorbehalten“. Denn machte man Gebrauch von dem Wiederkaufsrecht, so wäre, da das Eigentum ja vorbehalten wurde, ein Kauf nie zur Ausführung gelangt, und somit könnte auch ein Wieder„kauf“ nicht in Betracht kommen.

Die gemeinrechtliche Bezeichnung pactum de retrovendendo entbehrt für die in den Quellen erwähnten Rechtsgeschäfte jedenfalls der Begründung. Offenbar hat die Doktrin den Begriff aus dem deutschen Recht[3]) entlehnt und nunmehr versucht, ihn auch

[1]) Heise, Grundriß eines Systems d. gem. Zivilrechts, Heidelberg 1834, S. 128.

[2]) Faber, a. a. O., S. 628.

[3]) Vgl. unten, S. 29 ff.

nach den Quellen zu rechtfertigen. Durch Tradition geheiligt hat sich die Terminologie dann als festes Inventar der Wissenschaft erhalten.[1])

2. Das Wiederkaufsrecht im deutschen Recht.

a) Historische Begründung.

Wie oben schon angedeutet, ist als eigentliche Heimat und Pflegstätte des Wiederkaufsrechts das mittelalterliche Deutschland anzusehen.

Hier mußte ein Geldbedürftiger ein aufzunehmendes Darlehen meist durch Verpfändung von Grundstücken und zwar unter Einräumung weitgehender Rechte an den Gläubiger sichern. Die Schwerfälligkeit des Verkehrs, so die mangelhafte Ausbildung des Personalkredits und die Schwierigkeit gerichtlicher Geltendmachung, nötigte den Gläubiger zu solchem Vorgehen. Ja, es kam häufig vor, daß dem Gläubiger selbst das Eigentum an der Pfandsache gegeben wurde. Über das Widersinnige der Bezeichnung „Eigentumspfand" war man sich jedoch im Klaren, indem man in solchem Falle nicht von einem Darlehen gegen Verpfändung, sondern von Kauf auf Wiederkauf sprach. Weshalb es sich dabei meist um Grundstücke handelte, lehrt

---

[1]) Auf gleichem Standpunkte stehen z. B. Göppert, a. a. O., S. 407 und Treitschke, Kaufkontrakt, 2. Aufl., Gera 1865, S. 202.

die Bemerkung Haeberlins[1]), daß das Wiederkaufsrecht „in der Verlegenheit der großen Herren seinen Grund hatte."

Wie konnten aber zwei an sich so heterogene Institute wie Kauf und Pfandrecht innerlich in so verwandte Beziehungen treten?

Den Zwecken der Sicherung haben in den verschiedenen Epochen des historischen Deutschland, als von einheitlicher gesetzlicher Regelung noch nicht die Rede sein konnte, gewohnheitsrechtliche Rechtsformen in großer Fülle gedient.

Denken wir zunächst an die älteste, nur auf Mobilien anwendbare Form des deutschen Pfandrechts, die Satzung mit dem Charakter eines Strafgedinges.[2]) Bei ihr verfiel das Pfand im Nichterfüllungsfalle des ihm zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses — die notwendige Voraussetzung der Satzung war durchaus nicht ein Forderungsrecht — bald unmittelbar zur Strafe, bald nur mittelbar, indem das Pfand nur für eine dann verwirkte Geldstrafe haftete. In letzterem Falle stand in der Regel der Strafe des Verpfänders wegen Nichterfüllung eine Strafe des Pfandnehmers wegen verspäteter Herausgabe der Pfandsache gegenüber, im ersteren Falle bestand die entsprechende Strafe des

[1]) Haeberlin, System. Bearbeitung der in Meichelbecks historia frisingensis enthaltenen Urkundensammlung, Berlin 1842, 1. Teil, S. 105.

[2]) Vgl. wegen des folgenden von Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg u. Leipzig 1867, S. 252 ff.

Pfandnehmers im halben Werte der Pfandsache. Zur Unterscheidung von der späteren Form der Satzung sei hinzugefügt, daß trotz Verfalls des Strafgedinges die ihm zugrundeliegende Verbindlichkeit bestehen blieb.

Denken wir an die nächste Form der Satzung, an das Verfallpfand. Dies bürgerte sich ein, indem allmählich die Auffassung des Pfandobjektes als eines eventuellen Äquivalentes für die ursprünglich geschuldete Leistung sich geltend machte. Wurde dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis nicht Genüge geleistet, so galt das Pfand als in das Eigentum des Pfandnehmers übergegangen und zwar an Erfüllungsstatt.

Letztere Form der Satzung war auch die für Immobilien übliche. Während bei Mobilien regelmäßig die Übergabe der Sache erforderlich war, bedurfte es bei Grundstücken der Auflassung. Denken wir an den Rentenkauf, denken wir endlich an den Gegensatz zwischen land- und stadtrechtlicher Satzung, wie bei letzterer die größere Beweglichkeit des Verkehrs eine vorauseilende Entwicklung zeitigte, so daß man bei ihr schon frühzeitig zwischen Hypothek und Grundschuld unterscheiden konnte.[1])

Es genüge hier, daß das entscheidende Moment der geschichtlichen Entwicklung für Mobilien wie für Immobilien in der allmählichen Auffassung des Pfandes als eines Accessoriums liegt und daß mit dieser Auf-

[1]) Vgl. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1889, S. 676.

fassung der Durchgangspunkt für das römische Pfandrecht gegeben war.

Nur folgende von v. Meibom[1]) in Kürze zusammengestellte Grundformen der Satzung seien noch erwähnt: „Wenn ein Schuldner seinem Gläubiger ein Pfand setzte, so konnte der Wille der Vertragschließenden dahin gerichtet sein, daß die Schuld fortbestehen solle, sei es, daß sie durch die Pfandnutzungen abgetragen wurde, sog. Satzung auf Totschlag, oder daß das Pfand dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung als ein Exekutionsobjekt für den Fall der Beitreibung der Schuld angewiesen wurde, sog. Satzung um Schuld. Der Wille der Vertragschließenden konnte aber auch dahin gehen, daß die Schuld durch die Satzung wie durch eine Hingabe an Zahlungsstatt abgetan sein sollte, so daß der bisherige Schuldner fortan nicht mehr zur Leistung verpflichtet blieb, sondern nur berechtigt war, das Pfand durch die bisher geschuldete Leistung wieder einzulösen."

Mit der letzteren Form der Satzung ist nun offenbar der Berührungspunkt des Pfandrechts mit dem Recht auf Wiederkauf gegeben. War dem Pfandgläubiger z. B. ein Grundstück zu Besitz und Nutzung aufgelassen, so nahm der Berechtigte — vom Rechte der Veräußerung allein abgesehen — materiell die Stelle des Eigentümers ein. Es mußte daher nur als verschiedener Ausdruck desselben Zweckgedankens

[1]) von Meibom, a. a. O., S. 266.

erscheinen, ob man eine Sache, deren man sich für Sicherungszwecke bedienen wollte, sofort zu vollem Eigentum übertrug und sich ein Wiedererwerbsrecht vorbehielt oder ob man — wenn zunächst auch nur formell — Eigentümer der Sache blieb und den Eigentumsübergang an den Pfandgläubiger von der Nichterfüllung des betreffenden Vertragsverhältnisses abhängig machte.

Diese historische Verwandtschaft der so verschieden erscheinenden Rechtsformen ist von der Wissenschaft allgemein anerkannt. So führt z. B. Heusler[1]) aus: „Indem aber der Gläubiger sofort durch die Satzung das Pfand in seine Gewere, somit nicht nur in seine Nutzung, sondern auch in seine Vertretung nach außen erhält, nähert sich diese Form der Satzung einer anderen Rechtsform, die im deutschen Mittelalter ausgebildet ist, dem Verkauf auf Wiederkauf, so bedeutend, daß in der Tat ein juristischer Unterschied kaum mehr aufzufinden ist und man in der spezifischen Satzung und dem Verkauf auf Wiederkauf am liebsten zweierlei Formen eines und desselben Rechtsinstituts sehen möchte.“ Oder hören wir, wie sich Meister[2]) zur Sache äußert: „Die Befugnis, einen Kaufkontrakt zur Versicherung eines Anlehens einzugehen . . . ist nach Teutschen Sitten in der Maaße hergebracht, daß ein Pfandkontrakt und eine zur Versicherung eines An-

[1]) Heusler, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1886, S. 135.

[2]) Meister, Prakt. Bem. aus dem Kriminal- und Zivilrecht, Göttingen 1791, S. 208.

lehens eingegangener Wiederkaufskontrakt von gleicher Kraft und Wirkung sind, und beide Ausdrücke sogar als gleichbedeutend öfters gebraucht werden."

Der Verkauf auf Wiederkauf erscheint also seinem historischen Ursprung nach als eine der zahlreichen Formen des deutschen Pfandrechts. Da der Wiederkauf sich aber notwendig an einen Kauf anschließt, so hebt er sich insofern charakteristisch von den sonstigen Pfandrechtsformen ab, als ihm ausschließlich eine Geldschuld zugrunde liegen konnte.

Der Grund, weshalb man sich gegen Ausgang des Mittelalters und zwar fast ausschließlich des Verkaufs auf Wiederkauf für pfandrechtliche Zwecke bediente, sind verschiedene. Zunächst seien die Zinsverbote des kanonischen Rechtes erwähnt. Der Verkauf auf Wiederkauf, der Rentenkauf und andere Geschäfte erschienen geeignet, diese Verbote zu umgehen.

Sodann scheint die Unsicherheit, welche sich mit dem Eindringen der römischen Pfandbegriffe bei Pfandgeschäften geltend machte, der Ausbreitung des Verkaufs auf Wiederkauf zugute gekommen zu sein.

Weiter ist hier die eigenartige derzeitige Auffassung vom Wesen des Pfandrechts überhaupt zu erwähnen. Diese Auffassung kennzeichnet von Meibom,[1]) indem er als Beispiel den Fall eines Forderungspfandrechts erläutert: „Anstatt das Geschäft in zwei einseitige Verträge, ein Darlehensgeschäft und eine Pfandkonven-

[1]) von Meibom, a. a. O., S. 277.

tion, zu zerlegen, betrachtete man dasselbe als ein Ganzes, als einen zweiseitigen Vertrag, bei welchem die Hingabe von Geld als Leistung von der einen Seite und die Hingabe des Pfandes als Gegenleistung von der anderen Seite in einem synallagmatischen Verhältnisse stehen."

Letzteres ist ohne weiteres aus dem Umstande erklärlich, daß es überhaupt deutsch-mittelalterlicher Denkart keineswegs widersprach, bei der entgeltlichen Einräumung beliebiger Rechte an einer Sache, vor allem an Immobilien, von einem Verkaufen solcher Rechte zu sprechen, und dies mag bewirkt haben, daß es damals an einer begrifflich scharfen Grenze zwischen Verkauf auf Wiederkauf und Pfandrecht nicht selten gefehlt hat.

Natürlich haben wir es nur mit demjenigen Verkauf zu tun, welcher dem Käufer das Eigentum an der Sache selbst, nicht nur an Rechten an der Sache gewährt. Denn nur diese Begrenzung gibt dem Wiederkauf sein eigenes typisches Gepräge, und nur in dieser Gestalt hat derselbe seine besondere geschichtliche Rolle gespielt.

b) Wesen des Wiederkaufsrechts.

Das Besondere des Verkaufs auf Wiederkauf lag, wie schon der Name sagt, darin, daß der Verkäufer das Recht behielt, das Kaufobjekt „wiederzukaufen". Im Gegensatz zum Wiederkauf nannte man das reine

Kaufgeschäft „Erbkauf“, „Kauf zu ewigen Zeiten“, „steter ewiger Kauf“ oder ähnlich.

Das Wiederkaufsrecht wurde meist bei Abschluß des Kaufgeschäfts mit vereinbart, konnte aber auch nachträglich verabredet werden.[1]) Bald machte der Verkäufer es zur Bedingung, bald gewährte der Käufer es dem in Not befindlichen Verkäufer als besondere Gunstbezeigung. Meist wurde eine Kündigungsfrist hinzugesetzt oder es wurde vereinbart, daß das Recht nur an bestimmten Tagen geltend gemacht werden könne. War ein Termin oder eine Frist nicht bestimmt, so galt das Recht analog dem Rechtssprichwort „Versatz verjährt nicht“ als unverjährbar. Überhaupt war die Gestaltung des Wiederkaufsrechts wie des Pfandrechts selbst der verschiedensten Variationen fähig.

Mit der Übereignung bzw. Auflassung ging das Kaufobjekt vor der Hand zu unbeschränktem Eigentum über. Der Käufer konnte also schalten und walten damit, wie er wollte; insbesondere kamen ihm die Früchte der Sache zugute. Daraus erhellt, daß zunächst nur eine persönliche Verpflichtung des Käufers bestehen konnte, die Kaufsache dem Verkäufer wieder zu übereignen; hatte der Käufer also, was ihm als Eigentümer keiner verwehren konnte, über die Sache verfügt, so blieb dem Wiederkäufer keine Möglichkeit, gegen den dritten Erwerber vorzugehen. Um dieser Eventualität

[1]) Vgl. besonders Platner, Der Wiederkauf, eine deutschgeschichtliche Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtsgesch., Weimar 1864, Bd. IV, S. 123 ff.

vorzubeugen, war es anfänglich Brauch, sich von dem Käufer mit Rücksicht auf das Wiederkaufsrecht Sicherheit geben zu lassen, und weiter mußte jeder neue Käufer seinem jeweiligen Verkäufer Sicherheit in der ursprünglichen Höhe geben. Doch wurde diese Gepflogenheit allmählich verlassen, indem man dazu überging, bei Abschluß des Kaufes einen Kaufbrief auszustellen und darin jedem Erwerber die Verpflichtung zur eventuellen Rückgabe an den ersten Verkäufer aufzuerlegen.[1])

c) Rechtliche Natur.

Treten wir der Frage nach der rechtlichen Natur des deutschen Wiederkaufsrechts näher, so scheint die übliche Bezeichnung Verkauf auf Wiederkauf darauf hinzuweisen, daß es sich um ein Recht handelt, vermöge dessen man den Abschluß eines ordentlichen Kaufgeschäfts, nämlich des Wiederkaufs, bewirken kann. Setzt man indessen an Stelle des gebräuchlichen „wiederkaufen“ das weniger gebräuchliche, aber vor allem das Wesen der Sache treffende „wiedereinlösen“,[2])

---

[1]) Ein Bedenken, die Verpflichtung letzterer Art, durch welche jeder neue Eigentümer zur Herausgabe des Kaufobjekts verpflichtet wird, mit Platner (a. a. O., S. 162) als Realschuld zu bezeichnen, besteht unseres Erachtens nicht.

[2]) Vgl. z. B. die in einem Kaufvertrag des Jahres 1710 enthaltene dahingehende Abrede, daß dem Verkäufer nach Verkauf 15. Jahr das verkaufte Guth wiedereinzulösen freystehen solle. s. Leyser, Meditationes ad Pand., Spec. CXCI, De retrovenditione, S. 430.

so ist die wahre Natur des deutschrechtlichen Wiederkaufsrechts als einer besonders gearteten Resolutivbedingung mit dinglich wirkender resolutio ex nunc ohne weiteres ersichtlich. Und zwar hat man sich in dieser Resolutivbedingung re vera, da es sich offenbar um ein reines Analogon zum Pfandrecht handelt, die Einlösung selbst, also Zahlung des vereinbarten Wiederkaufpreises zu denken.

War das Kaufobjekt also nach Geltendmachung des Wiederkaufsrechts, m. a. W. nach Zahlung der vereinbarten Wiederkaufsumme, vom Wiederkäufer an einen dritten veräußert, so kam es nunmehr nicht darauf an, ob der dritte die Verpflichtung zum Wiederverkauf übernommen hatte, vielmehr konnte der Wiederkäufer ohne weiteres von jedem dritten Herausgabe der Sache verlangen. Das Eigentum galt ipso iure als an den Wiederkäufer zurückgefallen; er hatte sofort die juristische Gewere und damit die Reivindikation.

Der Verkauf auf Wiederkauf erschien wirtschaftlich als reines Kaufgeschäft, das nach den Quellen zu einem „Erbkauf“ wurde, sobald die Ausübung des Wiederkaufsrechts ausgeschlossen war. Wurde das Wiederkaufsrecht aber ausgeübt, so erschien das Geschäft von diesem Augenblick an als reines Pfandgeschäft.

Bei dem Mangel positiver Rechtsvorschriften war im Vorstehenden naturgemäß der Regelfall heranzuziehen; im übrigen kam, wie schon erwähnt, das Wiederkaufsrecht auch unter den verschiedensten anderen

Formen vor. Darum sagt Meister[1]) mit Recht: „Die hauptsächlichsten Quellen der Beurteilung dessen, was die Kontrahenten eigentlich zur Absicht gehabt und was unter dem vorgewendeten Kontrakte verborgen liegt, sind teils die Untersuchung des Grundes, Ursprungs und der Veranlassung des eingegangenen Kontraktes, teils die genaue Erwägung seines Sachinhalts, in allem und jedem, besonders aber in den wesentlichen Punkten."

3. Das Wiederkaufsrecht in den neueren Kodifikationen.

Die neueren Kodifikationen haben dem Wiederkaufsrecht eine sehr verschiedenartige Gestaltung zuteil werden lassen. So gibt der Code civil in Art. 1659 ff. dem pacte de rachat als einer Fortbildung des altfranzösischen mortgage für Mobilien wie für Immobilien den Charakter einer echten, also dinglich rückwirkenden Resolutivbedingung.[1])

Das österreichische BGB. bezeichnet das Wiederkaufsrecht unter Beschränkung auf Immobilien als Recht, eine verkaufte Sache wiedereinzulösen (§ 1068).

Nach sächsischem BGB. § 1132 kommen auf den Wiederkauf die Vorschriften des § 1109, also des Reukaufs, in Anwendung. Das Wiederkaufsrecht erscheint hiernach als obligatorisch ex nunc wirkende Resolutivabrede.

---

[1]) Meister, a. a. O., S. 209.

[2]) Vgl. Crome, Französ. Zivilrecht, Freiburg i./B., S. 502 a 1.

Das ALR. hat seine kasuistische Art auch bei der Regelung des Wiederkaufsrechts nicht verleugnet. Obwohl dem Wiederkaufsrecht ein Platz im Abschnitte „Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften“ zugewiesen ist, darf man dasselbe doch nicht als eigentlichen Kauf ansehen. Denn nach ALR. I, § 308 kann das Wiederkaufsrecht nur gegen bare Zahlung, „folglich nicht durch ein bloßes Anerbieten dazu ausgeübt werden.“ Gegen die Annahme eines Kaufes spricht auch die Bestimmung des § 297: „Bei Ausübung des Wiederkaufsrechts werden, wenn nicht ein anderes verabredet ist, die Nutzungen oder der Gebrauch der verkauften Sache und die Zinsen des dafür bedungenen Kaufpreises gegeneinander aufgehoben.“ Dagegen erinnern diese Bestimmungen, insbesondere die letztere, an die historischen Beziehungen des Instituts zum Pfandrecht, und diese treten auch sonst noch deutlich zutage, z. B. in § 296 bezüglich des Preises und in § 317 bezüglich der Dauer des Rechts.

Aus letzterem Paragraphen, wo das Wiederkaufsrecht ausdrücklich als ein der Verjährung nicht unterliegendes Recht bezeichnet wird, erhellt insbesondere die enge Anlehnung an den deutsch-pfandrechtlichen Zug des Instituts. Das preußische Recht entschied sich hiermit zugleich bezüglich einer lebhaften Kontroverse, ob nämlich das Wiederkaufsrecht als res merae facultatis verjährbar sei oder nicht, zugunsten der letzteren Meinung.

Auch der übrigen Regelung des ALR. entspricht

es wohl am besten, wenn man das Wiederkaufsrecht, wie nach Sächs. BGB., als eine obligatorische, ex nunc wirkende Resolutivabrede bezeichnet.[1])

IV. Das Wiederkaufsrecht nach bürgerlichem Gesetzbuch.

Das bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich, ohne zu der Frage nach der juristischen Konstruktion unseres Instituts Stellung zu nehmen, in § 497 Abs. 1 mit der Bestimmung: „Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande.“ Um daher zu der uns hauptsächlich beschäftigenden Frage Stellung nehmen zu können, ist eine Betrachtung der gesamten über das Wiederkaufsrecht gegebenen Vorschriften in ihren gegenseitigen Beziehungen erforderlich.

1. Wesen des Wiederkaufsrechts.

Das Wiederkaufsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs kann entweder gleichzeitig mit einem Kaufvertrag, also als besondere lex contractus, oder später als selbständiger Nachtrag zu einem Kaufgeschäft verein-

[1]) Vgl. Koch, Lehrbuch des preuß. gem. Privatrechts, Bd. II, S. 291, sowie Recht der Forderungen, Bd. III, S. 231; derselbe spricht daselbst von einem Pactum de retrovendendo verbis resolutivis conceptum.

bart werden (§§ 497, 503). Sein Eigentümliches erhält ein so modifiziertes Kaufgeschäft durch den Zustand der Unsicherheit, in welchen der Käufer bezüglich seines Eigentumsrechts, ähnlich wie bei dem durch eine Bedingung geschaffenen Schwebezustand, versetzt wird. Die gesetzliche Regelung des Instituts ist wesentlich im Anschluß an die herrschende gemeinrechtliche Lehre erfolgt.

Das Wiederkaufsrecht ein persönliches Recht.

So ist das Wiederkaufsrecht ein nur persönliches Recht. Ebenso war es nach gemeinem Recht und nach ALR. Während nach letzterem aber bei Immobilien eine Verdinglichung durch Eintragung erfolgen konnte, ist dies nach BGB. unzulässig. Einen hinreichenden Ersatz bietet freilich die durch § 883 Abs. 1 BGB. gegebene Möglichkeit, den Anspruch auf Rückübertragung durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zu sichern. Dadurch erhält der Berechtigte eine actio in rem scripta und hat insofern noch einen bedeutsamen Vorteil vor dem rein dinglich Berechtigten voraus, als er gegenüber allen dinglichen Belastungen, der dinglich Berechtigte aber nur gegen den Eigentumserwerb Dritter gesichert ist.[1])

Insbesondere Cessibilität.

Das Wiederkaufsrecht ist, da Gegenteiliges nicht ausdrücklich bestimmt ist, vererblich, cessibel und

[1]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, II, 2, S. 103.

pfändbar. Im gemeinen Recht neigte man vielfach dazu, das Wiederkaufsrecht als ius personalissimum aufzufassen und demselben so die Cessibilität abzusprechen.[1]) Mit Recht wenden sich gegen diese Auffassung die Motive:[2]) „Die Nichtcessibilität liegt keineswegs schon in dem Wesen des Wiederkaufsrechts. Man kann ohne spezielle Anhaltspunkte in den Umständen des einzelnen Falles, welche die Annahme des Ausschlusses der Cessibilität rechtfertigen, nicht sagen, die Ausübung des Rechts sei für die Regel vom Willen des Berechtigten für seine Person abhängig gemacht. . . . . Durch die Bestimmung der Unübertragbarkeit würde überdies das Wiederkaufsrecht in vielen Fällen ungerechtfertigter Weise den Gläubigern des Berechtigten als Gegenstand der Zwangsvollstreckung entzogen."

Allerdings hat die Cessionsfähigkeit des Vorbehalts ihr Eigentümliches; denn ist auch die Cessibilität der Rechte vom Gesetzgeber im Gegensatz zum römischen Recht, welches die Zwecke der Cession nur auf Umwegen zu erreichen wußte, in weitestgehendem Maße anerkannt, so geht derselbe doch davon aus, daß mit dem betreffenden Recht eine Verpflichtung des Berechtigten nicht verknüpft ist. An sich freilich würde die Übertragung des Wiederverkaufsrechts eine Verbind-

---

[1]) Diese Auffassung vertreten auch das ALR. in I, 11, § 312 und das österr. BGB. in § 1070.

[2]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin u. Leipzig 1888, S. 341.

lichkeit des Cessionars noch nicht begründen. Da aber Rechte regelmäßig zum Zwecke ihrer Verwertung cediert werden, so kann eine Cession des Wiederkaufsrechts nur den Sinn haben, daß der künftige, durch Ausübung des Rechts entstehende, jedoch mit der Zahlung des Wiederkaufpreises verknüpfte Anspruch auf Übereignung des Kaufobjektes als cediert zu gelten hat. Nun kann aber eine Verbindlichkeit nicht nach den Grundsätzen der Cession übertragen werden; hier kommen vielmehr die Vorschriften über die Schuldübernahme in Anwendung (BGB. § 414 ff.).[1] Die Cession des Wiederkaufsrechts kann daher lediglich die Berechtigung des Cedenten, also die aktive Seite des künftigen Schuldverhältnisses betreffen; für die Zahlung des Wiederkaufpreises bleibt nach wie vor der Cedent verhaftet.

Form.

Ob der Vorbehalt des Wiederkaufsrechts eventuell formbedürftig ist, erhellt aus der gesetzlichen Regelung nicht ohne weiteres. Nach § 497 S. 2 BGB. bedarf die Erklärung nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form. Da mit der Erklärung des Verkäufers, daß er das Recht ausübe, der Wiederkauf zustande kommt, so ist letzterer offenbar auch nicht an eine Form gebunden. Dagegen dürfte aus § 497 BGB. gleichwol ersichtlich sein, daß die Vereinbarung des Vorbehalts

[1]) Vgl. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

bei Grundstücken der Form, also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Denn da § 497 von der gewöhnlichen, gleichzeitig mit einem Kaufgeschäft erfolgenden Vereinbarung ausgeht, so würde dieselbe von der bei Immobilien erforderlichen Form ohne weiteres mitergriffen werden. Von diesem Regelfall ausgehend, mußte der Gesetzgeber den Kaufvertrag und die Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehalts offenbar auch bezüglich der Form als einheitlichen Vertrag auffassen. Auch per argumentum e contrario dürfte aus § 497 S. 2 bei Immobilien das Erfordernis der Form zu folgern sein.

Wiederkaufpreis.

Als Wiederkaufpreis gilt im Zweifel der Preis, zu welchem verkauft worden ist. — Im gemeinen Recht schwankte man, ob im Zweifel nicht vielmehr der Taxwert des Gegenstandes zur Zeit des Wiederkaufs maßgebend sein solle.[1]) Betrachtet man den Wiederkauf als wirkliches Kaufgeschäft, so ist diese Auffassung zweifellos die richtigere. Dagegen entspricht die gesetzliche Regelung, die auch schon im ALR.[2]) vertreten ist, mehr dem historischen Grundzug und wohl auch dem praktischen Charakter des Wiederkaufrechts.

Haftung des Wiederverkäufers.

Den Schaden, welcher schuldhafterweise aus Verschlechterung, Untergang oder einer aus anderen Grün-

[1]) Vgl. z. B. Glück, a. a. O., S. 220, Sintenis, a. a. O., S. 637.

[2]) ALR, I, 11, § 296.

den eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe, sowie infolge wesentlicher Veränderung des Kaufobjekts entsteht, hat der Wiederverkäufer zu vertreten. Dagegen kann der Wiederkäufer bei Verschlechterung, die ohne Verschulden eingetreten ist, oder bei unwesentlicher Veränderung des Kaufgegenstandes Minderung des Kaufpreises nicht verlangen (BGB. § 498). Für Zufall, auch bei Untergang der Sache, steht der Wiederverkäufer also nicht ein.

Diese Bestimmungen decken sich im wesentlichen mit denen des ALR. und mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts. Nach letzterem war man sich jedoch nicht einig, ob zufällige Verschlechterung nicht vielmehr den Wiederverkäufer als Zwischeneigentümer treffen müßten. Indessen dürfte die Regelung des BGB. die richtigere sein und zwar besonders, da sich auch hierin die historische Verwandtschaft des Wiederkaufsrechts mit dem Pfandrecht kundgibt. Die Regelung des ALR. unterschied sich vor allem darin, daß bei Untergang der Sache infolge nur mäßigen Versehens der Wiederverkäufer Schadensersatz nicht zu leisten hatte (I, 11 § 301). Ferner war gemäß § 229 auch bei unwesentlichen Veränderungen der Kaufsache Minderung des Kaufpreises zulässig.

Der Wiederverkäufer ist bei Vermeidung des Schadensersatzes verpflichtet, die Rechte Dritter zu beseitigen, welche dadurch entstanden sind, daß er vor Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt hat. Eine gleiche Ver-

pflichtung trifft ihn hinsichtlich der im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgten Verfügungen (BGB. § 499). Nach ALR. und sächs. BGB. wirkte das Wiederkaufsrecht auch gegen dritte, wenn diese die Sache in bösem Glauben erworben hätten.

Verwendungen.

Für Verwendungen, die der Wiederverkäufer vor zustande gekommenem Wiederkaufe gemacht hat, kann er insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen (BGB. § 500). Das Gesetzbuch unterscheidet also nicht zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae, sondern läßt schlechthin Ersatz eintreten, wenn der wirtschaftliche Wert des Gegenstandes zurzeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts durch die Verwendungen erhöht ist. Ist letzteres nicht der Fall, so beibt dem Wiederverkäufer, soweit die Verwendungen in „Einrichtungen“ bestehen, ein ius tollendi. Mit Recht wendet sich Hahn[1]) in ausführlicher Polemik gegen die Auffassung, als sei mit der Vorschrift des § 500 der Übervorteilung des Wiederkäufers Tür und Tor geöffnet. Denn abgesehen von der Bestimmung des § 226 BGB. ist für das Interesse des Wiederkäufers durch die Schutzvorschrift des § 498, Abs. 2, S. 1, daß der Wiederverkäufer für wesentliche Ver-

[1]) Hahn, Der Wiederkauf, Berlin 1902, S. 100 ff.

änderung des Kaufgegenstandes verantwortlich ist, ausreichend gesorgt.

Ist als Wiederkaufpreis der Schätzungswert des Kaufgegenstandes zur Zeit des Wiederkaufs vereinbart, so ist der Wiederverkäufer einerseits für Verschlechterungen, den Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstands, auch im Verschuldensfalle, nicht verantwortlich; andererseits kann er Ersatz für Verwendungen nicht beanspruchen (BGB. § 501). Zweifelhaft kann es nach dem Wortlaute des § 501 freilich bleiben, ob der Wiederverkäufer auch bei Verfügungen über die Kaufsache zu Schadensersatz nicht verpflichtet ist.

Dauer des Wiederkaufsrechts.

Bei Grundstücken kann das Wiederkaufsrecht, falls keine andere Frist bestimmt ist, innerhalb von 30, bei beweglichen Sachen innerhalb von drei Jahren nach Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden, (BGB. § 503).

Mehrere Berechtigte.

Mehrere Wiederkaufberechtigte können das Wiederkaufsrecht nur gemeinschaftlich ausüben. Denn, wie die Motive[1]) erklären, „eine Teilung des Ausübungsrechts bzw. der Verpflichtung des Käufers aus dem Vorbehalte ist nach dem Wesen des Wiederkaufs ausgeschlossen.“ Doch sind die übrigen berechtigt, falls

[1]) Motive, a. a. O., S. 341.

einer der mehreren Berechtigten sein Recht nicht ausübt oder falls sein Recht erloschen ist, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben (BGB. § 502).

Folgen der Ausübung.

Ist das Wiederkaufsrecht ausgeübt, so gelten nun die gewöhnlichen Vorschriften über den Kauf bzw. die gegenseitigen Verträge.

2. Die verschiedenen Konstruktionen.

Die Wissenschaft hat sich eingehend damit beschäftigt, dem Wiederkaufsrecht eine geeignete Konstruktion zu geben.

Eine gute Konstruktion muß aber folgende, von Jhering[1]) aufgestellte Gesetze beobachten:

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs;
2. Das Gesetz der systematischen Einheit;
3. Das Gesetz der juristischen Schönheit.

Das erste Gesetz bindet die Konstruktion fest an den Inhalt des positiven Rechtsstoffes; die juristischen Elemente, welche sie in den gegebenen Rechtsstoff — einerlei, ob gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Art — hineinlegt, müssen also in jeder Hinsicht fähig sein, praktisch dasselbe zu wirken, wie der positive Stoff selbst.

---

[1]) Jhering, Geist des römischen Rechts, Leipzig 1858, II, 2, S. 398 ff.

Das zweite Gesetz verlangt, daß die Konstruktion jedenfalls etwas juristisch Mögliches sein müsse. Damit ist das Erfordernis ausgesprochen, daß der vermittelst der Konstruktion zutage geförderte juristische Körper auch bei der verschiedensten Beleuchtung vor der Wissenschaft bestehen könne, sich also zu den vorhandenen gesetzlichen oder wissenschaftlichen Begriffen nicht in Widerspruch setze.

Im Gegensatz zu den beiden ersten Gesetzen verlangt das dritte, welches sich lediglich durch sich selbst rechtfertigt, keine unbedingte Befolgung.

Den vorstehenden Konstruktionsgesetzen dürfte keine der folgenden, für das Wiederkaufsrecht aufgestellten Theorien gerecht werden.

a) Die Theorie des Rücktrittsrechts.

Zunächst hat man ein Rücktrittsrecht in Erwägung gezogen.[1]) Dem ist entgegenzuhalten, daß nach der herrschenden und richtigen Meinung durch Ausübung des Wiederkaufsrechts tatsächlich ein neuer Kauf mit möglichenfalls verschiedenem Preise zustande kommt; ein Rücktrittsrecht aber könnte höchtsens auf ein und dasselbe Geschäft Bezug haben. Des weiteren sind nach BGB. § 347, S. 2 und 3 die gezogenen Nutzungen herauszuheben und Geld ist von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen; beim Wiederkaufsrecht ist

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, S. 268.

dies nicht der Fall. Auch erlischt das Rücktrittsrecht nach § 350 BGB. nicht dadurch, daß der Gegenstand durch Zufall untergegangen ist. Der Wiederverkäufer dagegen hat nach § 498, Abs. 2, S. 1 den Untergang der Sache nur im Verschuldensfalle zu vertreten; mithin ist das Wiederkaufsrecht bei zufälligem Untergang des Kaufobjekts als erloschen zu betrachten. Das Wiederkaufsrecht erlischt ferner, falls mehrere berechtigt sind, im Gegensatz zum Rücktrittsrecht nicht dadurch, daß es für einen der Berechtigten erloschen ist. Und endlich ist nach § 501 ein vom ursprünglichen Kaufpreis verschiedener Wiederkaufpreis möglich; beim Rücktritt ist die erhaltene Summe stets in gleicher Höhe wieder herauszugeben.

b) Die Theorie des Vertragsantrags.

Eine andere Meinung nähert sich der Auffassung, der Vorbehalt des Wiederkaufs sei ein auf Wiederverkauf gerichteter Vertragsantrag des Käufers.[1]) Nach BGB § 128 müßte dann aber, wenn es sich um Grundstücke handelte, auch die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet sein; die der Annahme beim Wiederkaufsrecht entsprechende Erkärung kommt indessen nach § 497, S. 2 formlos zustande. Im übrigen dürfte eine solche Annahme in innerem Widerspruch zu der praktischen Bedeutung des Wiederkaufsrechts stehen. Der Verkäufer wird, wie

[1]) Planck, Komm. zum bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, S. 271, Berlin 1900.

schon oben betont, die Sache in der Regel nur ungern verkaufen; dem Käufer dagegen wird diese Form eines „Kreditgeschäfts“ häufig um so lieber sein, als er ja Aussicht hat, das Kaufobjekt eventuell als Eigentum zu erhalten. Man offeriert aber eine Sache regelmäßig nur dann zum Verkauf, wenn einem nichts an ihrem Besitz, sondern gerade an ihrer Veräußerung gelegen ist. Auch mit dem Wesen der Offerte selbst dürfte die Auffassung kaum harmonieren. Nach BGB. § 147, Abs. 1, S. 1 kann die Offerte im Zweifel nur sofort angenommen werden und nach § 147, Abs. 2 kann der einem Abwesenden gemachte Antrag im Zweifel nur bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Beim Wiederkaufsrecht kommt zunächst ein Unterschied zwischen An- und Abwesenden nicht in Frage, und wie eigenartig berührt es, daß eine Offerte für Mobilien binnen drei Jahren und für Immobilien binnen 30 Jahren angenommen werden kann! Endlich hieße es, wie Schollmeyer[1]) ausführt, „den Sachverhalt auf den Kopf stellen, wenn man in dem vom Verkäufer gemachten Vorbehalt einen Vertragsantrag des Käufers erblickt, und würde sich die Haftung des Antragstellers in der Zwischenzeit zwischen der Abgabe des Antrages und der Annahmeerklärung des Verkäufers, sowie das Recht

[1]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB, Berlin 1904, S. 40.

des Antragstellers auf Ersatz seiner Verwendungen nur schwer erklären lassen."

c) Die Theorie des Einlösungsrechts.

Auch der Theorie Schollmeyers,[1]) welcher im Wiederkaufsrecht eine einseitige Rechtshandlung, bestehend in der Erklärung der Einlösung, erblickt, ist nicht beizutreten. Ein Einlösungsrecht setzt begriffsnotwendig Vorleistung von Seiten des Einlösungsberechtigten voraus. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts erzeugt aber eine vertragsartige gegenseitige Verpflichtung, aus der lediglich eine Leistungspflicht Zug um Zug gefolgert werden kann. Und mit Recht fragt Oertmann[2]), wo denn der Rechtsgrund eines solchen Einlösungsrechts liege. Auch erscheint es sprachwidrig, da doch der Wiederverkäufer Eigentümer des Kaufobjektes geworden ist, von „einlösen" einer fremden Sache zu sprechen.[3])

d) Die Theorie des pactum de contrahendo.

Des weiteren taucht die auch von den Motiven[4]) angeregte Frage auf, ob die Vereinbarung des Wieder-

---

[1]) Schollmeyer, a. a. O.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 217.

[3]) Dagegen ist nicht, wie es sonst fast allgemein geschieht, gegen die Schollmeyersche Konstruktion anzuführen, daß für das Wiederkaufsrecht keine Verjährung, sondern eine Präklusivfrist vorgesehen ist. Ein Einlösungsrecht ist noch ebensowenig ein Anspruch wie das Wiederkaufsrecht selbst.

[4]) Motive, a. a. O., S. 340.

kaufsrechts als pactum de contrahendo, also als Vorvertrag, zu betrachten sei.

Gemeinrechtlich rechnete man die Vorverträge unter den allgemeinen Begriff der Vorverhandlungen oder pacta praeparatoria. Man unterschied regelmäßig: Traktate, Punktationen und pacta de contrahendo, welch letztere man heute nach Thöls Vorangehen[1])[2]) allgemein als Vorverträge bezeichnet. Doch war die Grenze dieser Begriffe eine flüssige, sodaß nicht selten der eine als Unterbegriff des anderen aufgefaßt wurde. Für die Traktate war man sich darüber einig, daß dieselben lediglich unverbindliche Vorberedungen eines abzuschließenden Vertrags seien. Dagegen herrschten bezüglich der Punktationen und der pacta de contrahendo die verschiedensten Ansichten. In Wahrheit kommt den verschiedenen Bezeichnungen mit Ausnahme des pactum de contrahendo eine rechtstypische Bedeutung nicht zu. Denn ob ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht, ist quaestio facti und nach allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Das Charakteristikum des Vorvertrags liegt nach

---

[1]) Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., Bd. I, § 246, Leipzig 1879.

[2]) Man hat gegen die Bezeichnung „Vorverträge" eingewandt, daß dieselbe leicht zu begriffswidriger Deutung Veranlassung gebe, und ist für die Beibehaltung des gemeinrechtlichen pactum de contrahendo eingetreten (vgl. Göppert, a. a. O., S. 404). Doch würde auch letztere Bezeichnung, ebenso wie die von Deiter (Marburger Inaug. Diss. v. 1902 „der Verpflichtungsvertrag") gebrauchte „Verpflichtungsvertrag" noch die Mißdeutung eines pactum de contrahendo cum tertio zu lassen.

der herrschenden und richtigen Ansicht in seinem besonderen, dermaßen auf contrahere gerichteten Inhalt, daß beide am Vorvertragsschluß beteiligt gewesenen Parteien auch beim Abschlusse des Hauptvertrags mitwirken müssen. So führt Degenkolb[1]) aus: „Ein pactum de contrahendo liegt nur vor, wenn

1. ein künftiger Vertragsschluß in Aussicht genommen,

2. eine darauf gerichtete Verpflichtung vertragsmäßig eingeräumt ist, dergestalt, daß eben der Verpflichtete durch seine Mitwirkung bei dem contrahere den künftigen sog. Hauptvertrag herzustellen oder dazu mitzuhelfen hat".

Der Unterschied zwischen Vor- und Hauptvertrag ist also der, daß der Vorvertrag auf contrahere und erst der Hauptvertrag auf die Leistung selbst geht. Gemeinrechtlich wurden diese Begriffsmerkmale des Vorvertrags trotz der üblichen Bezeichung als pactum de contrahendo, welche notwendig auf das Richtige hinzuweisen scheint, andauernd verkannt. Darin war man zu richtigem Resultate gelangt, daß bei Realkontrakten Vorverträge, wenn nicht begrifflich notwendig, so doch das gewöhnliche seien. Anders lag es bezüglich der Konsensualkontrakte. Während hier eine extreme Richtung die Existenzberechtigung aller Vorverträge bestritt, ließen andere nur die einseitigen Vorverträge gelten. Z. B. sagt Koch[2]) von den Vor-

[1]) Degenkolb, a. a. O., S. 22.
[2]) Koch, a. a. O., Bd. II, S. 71.

verträgen: „diese sind eigentlich nur bei Realkontrakten für sich bestehende Verträge; denn bei den Konsensualkontrakten enthalten diese präparatorischen Verträge die wesentlichen Bestimmungen des Hauptkontrakts selbst und fallen also mit demselben wesentlich zusammen.“ Dem ist zweifellos für diejenigen Fälle beizustimmen, wo die betreffende Verabredung tatsächlich alle wesentlichen Bestimmungen eines Vertrags enthält. Denn ginge jemand mit einem Fahrradhändler einen bindenden Vertrag ein, daß er ihm ein bestimmtes Rad zu einem bestimmten Preise abkaufen wolle, und wäre man sich, obwohl dem Betreffenden nichts daran läge, die Realisierung des Geschäfts hinaus zu zögern, darüber einig, daß der eigentliche Kaufabschluß erst nachfolgen solle, so wäre das allerdings ein sehr umständliches Geschäft und ein völlig unnützer Umweg.[1]) Doch es könnte der einen Partei aus irgend einem Grunde daran liegen, das Fahrrad nicht augenblicklich, sondern erst zu einer späteren Zeit zu kaufen. Dann wäre ein solcher Vortrag, durch den man sich den künftigen Erwerb des betreffenden Rades sichern könnte, praktisch ganz am Platze und auf jeden Fall rechtserheblich. Allerdings ist für Fälle der letzteren Art der Anschauung Dernburgs[2]) beizupflichten, daß dann „die

[1]) Gleichwohl spricht sich Göppert, a. a. O., S. 421, für weitestgehende Respektierung des Parteiwillens aus; dagegen wendet sich Bechmann, a. a. O., S. 283.

[2]) Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, Halle 1878, Bd. II, S. 96.

Denkform eines von Anfang an bestehenden, von dem Entschluß des einen Teils noch abhängigen Geschäfts näher liegen wird."

Doch sprechen mannigfache, der Praxis geläufige Fälle unzweideutig für die tatsächliche Existenz von einseitigen und zweiseitigen Vorverträgen zu Konsensualkontrakten und zwar ohne daß Bedenken gegen ihre Anwendung ersichtlich wären. Ein Fabrikant z. B. einigt sich mit einem Kaufmann auf Geben und Nehmen der laufenden Produktion zum jeweiligen Marktpreise; hier ist bei jeder Lieferung der Abschluß eines besonderen Kaufgeschäfts erforderlich. Und zwar wäre es möglich, daß nur der Fabrikant oder nur der Kaufmann einseitig gebunden würde, oder auch, daß beide sich gegenseitig auf Geben und Nehmen verpflichteten. Der Kommissionsvertrag, die Gewährung eines allgemeinen Kredits, das pactum de cambiando, also tägliche Erscheinungen, sind ebenfalls unzweifelhafte Belege und zwar je nach ihrer inhaltlichen Gestaltung, für das tatsächliche Bestehen einseitiger oder zweiseitiger Vorverträge zu Konsensualkontrakten.

Freilich wäre auch hier, mit Ausnahme des pactum de cambiando, anstatt der Trennung in Vor- und Hauptvertrag von vornherein der Abschluß einheitlicher, durch alle möglichen Bedingungen verklausulierter Verträge denkbar, doch mit dem Unterschiede, daß hier nicht der Vorvertrag, sondern die Bedingtheit das Vertragsverhältnis kompliziert und unnatürlich gestalten würde. Auch die Rechtsprechung hat sich in Fällen der an-

geführten und ähnlicher Art großenteils für die Konstruktion der Trennung in Vor- und Hauptvertrag entschieden.[1])

So wäre dem Schlusse kaum beizustimmen, zu dem beispielsweise Bechmann[2]) sowie neuerdings Stintzing[3]) und Schloßmann[4]) bezüglich der zweiseitigen Vorverträge überhaupt kommen, daß dieselben nämlich in Wahrheit stets mit dem Hauptvertrage zusammen fielen.

An sich also wäre ein Vorvertrag zu einem Wiederkauf durchaus denkbar.

Hält man nun daran fest, daß der Vorvertrag auf contrahere und erst der Hauptvertrag auf die Leistung selbst geht, so darf man bei allen denjenigen Verträgen nicht von Vorverträgen sprechen, „welche nicht auf ein Versprechen, sondern direkt auf gewisse versprochene sonstige Leistungen gehen.“[5])

Eine solche Verwechslung liegt offenbar auch der Konstruktion der oben zitierten Quellen zugrunde, auf welche man das pactum de retrovendendo im gemeinen Recht zurückführte und in welchem ein pactum de contrahendo enthalten sein sollte. Zweifellos liegt dort

[1]) Vgl. die von Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag, im Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. 71, S. 31 ff. angeführten Entscheidungen.

[2]) Bechmann, a. a. O., S. 283.

[3]) Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Jena 1903, S. 11 und 76.

[4]) Schloßmann, Vorvertrag und die rechtl. Natur der sog. Realkontrakte, in Jherings Jahrbüchern Bd. 45, S. 1 ff.

[5]) Göppert, a. a. O., S. 418.

in beiden Fällen eine einseitige Gebundenheit auf Seiten des Käufers vor; man hätte es also zunächst mit einem einseitigen Vorvertrag zu tun. Wie wir gesehen haben, ist es aber eine notwendige Eigenschaft der Vorverträge, daß die in ihnen enthaltene Verpflichtung auf contrahere gerichtet ist. Letzteres scheint jedoch in den Quellen nicht der Fall zu sein. Dort ist weder von retrovendere noch contrahere noch sonst einem Ausdruck die Rede, der auf den Abschluß eines künftigen Hauptvertrags hindeuten könnte. Die vorhandene einseitige Verpflichtung geht vielmehr, wie bereits oben ausgeführt, auf reddere und restituere, also unmittelbar auf die Leistung selbst.

Man übersah ferner gemeinrechtlich besonders häufig, daß aus dem pactum de contrahendo begriffsnotwendig beide Parteien zum Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrags verpflichtet werden, und gelangte so zu einer weiteren Verwechslung, von welcher Degenkolb[1]) sagt: „Man verwechselt nicht selten die aus dem Vorvertrag hervorgehende Verpflichtung mit derjenigen Gebundenheit, kraft welcher durch künftige einseitige Erklärung des Berechtigten ein Vertrag ohne weiteres als vollendeter Vertrag zu endgültigem Abschluß gelangt."

Hieraus erklärt sich die irrtümliche Anwendung des Vorvertrags auf den Fall der vereinbarungsgemäß aufrechtzuerhaltenden Offerte[2]) und auf den bedingten

[1]) Degenkolb, a. a. O., S. 16.
[2]) Brinz, a. a. O., S. 1580.

Vertrag.[1]) Damit ist ferner die Unhaltbarkeit der Auffassung gegeben, daß der vertragsmäßige Vorbehalt des Wiederkaufsrechts nach bürgerlichem Gesetzbuch ein Vorvertrag sei. Denn nach § 497, Abs. 1, S. 2 BGB. kommt der Wiederkauf mit der einseitigen Erklärung des Wiederkäufers, also nudo consensu zustande. Wie ließen sich auch die besonderen Wirkungen des Wiederkaufsrechts gemäß §§ 498—502 BGB. aus der Vorvertragstheorie erklären.?

e) Die Anschauung Dernburgs.

Ebenso scheint Dernburg,[2]) wenn man seine Ausführungen über das Vorkaufsrecht analog nimmt, für das Wiederkaufsrecht als das Natürliche ein pactum de contrahendo anzunehmen. Nach seiner Ansicht hat der Gesetzgeber die Bestimmung, daß der Wiederkauf mit der einseitigen Erklärung des Wiederkäufers zustandekommt, nur aus praktischen Gründen gegeben, nur, weil damit ein höchst zweckwidriger Umweg vermieden würde. Er scheint also im Wiederkauf des BGB. eine eigenartige Verschmelzung von Vor- und Hauptvertrag zu sehen. Eine Konstruktion ist jedenfalls auch damit nicht gegeben.

---

[1]) Goldschmidt, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, I, S. 262 ff.

[2]) Dernburg, Bürg. R., a. a. O., S. 92.

f) Die Anschauung Cosacks.

Ebensowenig dürfte der Anschauung Cosacks[1]) beizupflichten sein, daß im Wiederkauf eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers zu erblicken sei. Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 497 BGB.; nach diesem kann an der allgemeinen Natur des Wiederkaufs als eines zweiseitigen Vertrags ein Zweifel kaum bestehen.

g) Die Theorie des suspensivbedingten Wiederkaufs.

Eine weitere und zwar vielvertretene Theorie nimmt an, daß im Wiederkauf ein durch die einseitige Erklärung des Wiederkäufers suspensiv bedingtes Kaufgeschäft zu erblicken sei.[2]) Daß der Gesetzgeber den Wiederkauf tatsächlich als „Kauf" behandelt wissen will, ist wohl zweifellos. Im übrigen aber befindet sich die in Erwägung stehende Auffassung keineswegs in vollem Einklange mit den gesetzlichen Bestimmungen.

Es taucht zunächst die umstrittene Frage auf, ob ein Rechtsgeschäft, das von einer lediglich auf den Willen gestellten Bedingung abhängig ist, überhaupt rechtsgültig sei. Man machte früher den Unterschied, daß ein Rechtsgeschäft zwar dann nicht zustande komme, wenn die Bedingung lediglich auf den bloßen Willen gestellt sei, daß es aber wohl zustande komme,

---

[1]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903, S. 468.

[2]) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 219, Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerl. Recht, Marburg 1901, I, S. 618, u. a.

wenn dieselbe in einer äußeren Handlung bestehe; und zwar sei es bedeutungslos, daß eine solche äußere Handlung eventuell auch nur auf reiner Willkür beruhen könne, es komme nur darauf an, daß ein gewisses materielles Interesse an der betreffenden Handlung denkbar sei.[1])

Nach moderner Anschauung sind reine Potestativbedingungen, auf den Willen des Berechtigten gestellt, stets möglich. Sind sie dagegen auf den Willen des Verpflichteten gestellt, so ist eine Verpflichtung noch gar nicht entstanden, die Willenserklärung daher wirkungslos. Da nun bei zweiseitigen Verträgen beide Parteien zugleich berechtigt und verpflichtet werden, so sind Potestativbedingungen hier stets zulässig.

Zunächst also wäre die Theorie eines suspensiv bedingten Wiederkaufs wohl denkbar. Doch bedarf eine weitere Streitfrage der Beantwortung. Macht eine Bedingung das Rechtsgeschäft selbst oder die sich aus diesem ergebende Wirkung von sich abhängig? Der ersteren Ansicht wird entgegengehalten, daß dann, wenn ein bedingter Kauf tatsächlich schon als abgeschlossen gelte, doch auch der Realisierung des Geschäfts nichts im Wege stehen könne. Der Gegensatz erhellt klar aus den Worten Arndts von Arnesberg:[2]) „Auf die

[1]) Von dieser Regel macht, wie v. Savigny, der dieselbe vertrat, selbst zugab, der in den Quellen erwähnte Kauf ad gustum und für das heutige Recht der Kauf auf Probe eine Ausnahme (v. Savigny, Syst. d. heut. r. Rechts, Berlin 1840, III, S. 131.)

[2]) Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, Stuttgart 1889, S. 96.

Frage, ‚wenn vor dem Eintritte der Bedingung kein Wille existierte (ein Wille bestimmten Inhaltes nicht existierte), woher sollte dann mit Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden?‘, kann man also mit der Gegenfrage antworten, ‚Wenn vorher schon das Wollen existierte, woher soll dann durch eine fremdartige Tatsache das Nichtwollen kommen?‘ “ Indessen dürfte einer anderen Argumentation beizupflichten sein, welche ausführt, daß man nur entweder wollen oder nicht wollen könne. Habe man aber ein Rechtsgeschäft gewollt, so sei dasselbe auch definitiv zustande gekommen; mithin könne nicht das Rechtsgeschäft, sondern höchstens seine Wirkung bedingt sein.[1]) Diese Auffassung steht ganz im Einvernehmen mit dem BGB., das in § 158, Abs. 1 bestimmt: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.“ Die Vorschrift des § 497, Abs. 1, S. 1 betont aber, daß der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer zustande kommt. Es ist also hier nicht, wie es nach § 158, Abs. 1 erforderlich wäre, die Wirkung des Wiederkaufs, sondern das Rechtsgeschäft in Frage gestellt.

Doch ergeben sich aus der in Rede stehenden Theorie noch weitere systematische Inkongruenzen. So ist nach § 498, Abs. 2, S. 2 der Wiederkäufer nicht

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Berlin 1900, I, 1, S. 246.

berechtigt, wegen Verschlechterungen, die nicht durch Verschulden des Wiederverkäufers herbeigeführt sind, oder wegen unwesentlicher Veränderungen der Kaufsache Minderung des Kaufpreises zu verlangen; bei einem suspensiv bedingten Kauf aber wäre er nach §§ 323, Abs. 1, 260, Abs. 1 BGB. hierzu berechtigt.

Wie wir gesehen haben, steht keine der erörterten Konstruktionen in vollem Einklang mit den drei Iheringschen Gesetzen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Theorie der Suspensivbedingung der Lösung des Problems am nächsten kommt.

V. Die Stintzingsche Vorverpflichtung und das Wiederkaufsrecht; Schluß.

Neuerdings hat Stintzing[1]) unter Zugrundelegung derjenigen Vereinbarungen, nach welchen zunächst die eine Partei gebunden ist, während die andre die Berechtigung hat, den beabsichtigten Vertrag durch einseitige Erklärung ohne weiteres zum Abschluß zu bringen, den besonderen Begriff der Vorverpflichtung aufgestellt. Doch braucht die Vorverpflichtung nicht notwendig durch Vertrag begründet zu werden, vielmehr sind auch hier alle sonstigen Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse denkbar.

Den Begriff des Vorvertrags, wie er bisher durch die Wissenschaft vertreten wurde, erkennt Stintzing

[1]) Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Jena 1902.

neben seiner Vorverpflichtung nicht an; er lehnt nämlich den Abschluß eines zweiten Vertrags in allen Fällen, also auch da als überflüssig ab, wo wir die Trennung in Vor- und Hauptvertrag als das Normale annahmen. Nach Stintzing charakterisiert sich der sog. zweiseitige Vorvertrag als der Hauptvertrag selbst,[1]) während er alle übrigen Arten des bisherigen Vorvertrags auf seinen neuen Begriff der Vorverpflichtung zurückführt. Erscheint eine derartige Theorie von unserem oben bezüglich der Vorverträge dargelegten Standpunkt auch als zu weitgehend, so fragt es sich, inwiefern das Wiederkaufsrecht, bei welchem ja auch eine einseitige Gebundenheit vorliegt, während die Bindung des anderen Teils von dessen Belieben abhängt, durch den Begriff der Vorverpflichtung seine Erklärung findet. Es ist daher zunächst auf die Grundzüge des Stintzingschen Begriffes einzugehen.

Stintzing bezeichnet zunächst als Gegenstand seiner Untersuchung die Verpflichtung, einen Vertrag mit dem Gläubiger auf dessen Verlangen einzugehen.[2]) Dabei wirft er die Frage auf, ob Leistungsinhalt einer derartigen Verpflichtung wirklich das contrahere sei, und kommt zu dem Schluß:[3]) „Nach Treu und Glauben wird die Vorverpflichtung nicht durch die Konsenserklärung erfüllt, sondern dadurch, daß sich der Schuldner bereit und fähig erhält, das zu leisten, was

[1]) a. a. O., S. 11 und 76.
[2]) a. a. O., S. 21.
[3]) a. a. O., S. 25, 35.

nach dem sog. Hauptvertrag zu leisten ist.“ Von vornherein bestehe also die Pflicht zur Leistungsbereitschaft und diese gestalte sich, sobald der Berechtigte es wolle, zur Erfüllungspflicht um. Es handle sich also nicht um eine Mehrheit von selbständigen Schuldverhältnissen, sondern um eine einheitliche Verpflichtung mit mehreren Stadien.

Damit kommt Stintzing auch zu der bedeutsamen Unterscheidung zwischen Vorverpflichtung einerseits und Antrag und Suspensivbedingung anderseits, daß die Verpflichtung des Antragenden nur eine obligatio praestandi, die des Vorverpflichteten aber eine obligatio faciendi bedeute, daß ferner bei der Bedingung im Gegensatz zur Vorverpflichtung stets ein gewisses kasuelles Moment mitspreche.[1])

Denken wir uns den bereits oben herangezogenen Fall, daß jemand ein Fahrrad kaufen will und nun mit dem Verkäufer dahin kontrahiert, daß letzterer zwar sofort gebunden, der eigentliche Kaufvertrag aber erst später abgeschlossen werden soll, so dürfte den Ausführungen Stintzings durchaus beizupflichten sein. Um so mehr gilt dies natürlich in Fällen, wo die Parteien sich von vornherein darüber einig sind, daß der beiderseits bindende Vertrag ohne weiteres durch einseitige Erklärung des Berechtigten zustande kommen soll.[2])

---

[1]) a. a. O., S. 27, 34.

[2]) Wegen der übrigen Fälle, in denen wir im Gegensatz zu Stintzing den alten Begriff des Vorvertrags gelten lassen,

Folgen wir Stintzing weiter, so hat der besagte Normalfall seiner Vorverpflichtung die meiste Ähnlichkeit mit dem Auftrag. Die Vorverpflichtung kann daher insbesondere gleich dem Auftrag gekündigt werden. Das wird gefolgert aus einer Untersuchung über den Rechtsgrund der Vorverpflichtung. Von einer causa onerosa könne deshalb nicht die Rede sein, weil irgend eine Gegenverpflichtung des Berechtigten aus dem Abschlusse der Vorverpflichtung an sich nicht entstehe. Höchstens frage es sich, ob man infolge der von dem Vorverpflichteten zu beobachtenden Leistungsbereitschaft eine causa lucrativa annehmen müsse. Doch werde eine reelle Bereicherung des Berechtigten durch die Verpflichtung nicht bewirkt; ihr Inhalt sei kein dare praestare, sondern ein facere, eine Dienstleistung, und letzterer Umstand deute naturgemäß auf eine innere Verwandtschaft mit dem Auftrag hin. Stintzing kommt damit — wie erwähnt — vor allem zu dem Resultat, daß die abstrakte Vorverpflichtung gleich dem Auftrage kündbar sei.

Aber auch die Vollstreckbarkeit dürfe man der Vorverpflichtung, wolle man dieselbe nicht lediglich der Verpflichtung zu Schadensersatz gleichstellen, nicht versagen. Im Falle zu besorgender Verfügungen über das Objekt der Vorverpflichtung sowie bei Verletzungen der Pflicht zu Pflege und Sorgfalt seien daher die

kann auf das S. 53 ff. gesagte Bezug genommen werden. Es liegt kein Grund vor, weshalb infolge der Pflicht zur Leistungsbereitschaft die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages sich ev. erübrigen sollte.

§§ 259 und 890 bzw. § 935 der CPO. gegen den Vorverpflichteten in Anwendung zu bringen.[1])

Im Konkurse, und zwar zunächst des Berechtigten, müsse man wie beim Auftrag unterscheiden, ob sich die Verpflichtung auf das zum Konkurse gehörige Vermögen beziehe oder ob sie mehr der Person des Gemeinschuldners zu statten komme.[2]) Letzterenfalls werde man meistens nicht von Erlöschen sondern von einem Widerruf der Vorverpflichtung sprechen müssen; allerdings sei der Widerruf kaum von praktischer Bedeutung, da ja aus der Abrede der Leistungsbereitschaft als solcher eine Verbindlichkeit für den Gläubiger noch nicht entstehe. Anderseits sei das Eingehen einer Verpflichtung innerhalb wie außerhalb des Konkurses nach den gewöhnlichen Regeln anfechtbar.

Im Punkte der Form komme es ganz auf den in Aussicht genommenen Vertrag an.[3]) Sei dieser formbedürftig, so müsse die betreffende Vorverpflichtung in gleicher Form abgeschlossen werden; andernfalls würde, da ja der beiderseits bindende Vertrag durch einseitige Erklärung der Berechtigten und zwar formlos zustandekomme, das Formerfordernis umgangen.

Wenden wir die angeführten Hauptmerkmale des Stintzingschen Begriffes auf das Wiederkaufsrecht an, so ist nicht zu verkennen, daß wir es auch hier mit einer Art Leistungsbereitschaft zu tun haben. Indessen

[1]) a. a. O., S. 36.
[2]) a. a. O., S. 41 ff.
[3]) a. a. O., S. 45 und 46.

beruht diese auf der causa des grundlegenden Kaufgeschäfts, welchem das Wiederkaufsrecht als Klausel hinzugesetzt ist, und nicht, wie beim Stintzingschen Normalfalle, auf der einfachen Zusage des Berechtigten als solcher. Und demgemäß ist der Vorverpflichtete beim Wiederkauf gebunden ex causa onerosa; die Verpflichtung zum Wiederverkauf und damit zur Leistungsbereitschaft erscheint neben dem Kaufpreis als Gegenleistung für die Übereignung der Kaufsache, wird also mit übernommen, um den Gegenkontrahenten zu dem erwünschten Verhalten zu bestimmen. Man wird daher von einem auftragartigen Verhältnis zwischen Wiederkäufer und Wiederverkäufer, insbesondere von einem Kündigungsrecht des Wiederverkäufers, nicht reden können.

Demnach bietet das Wiederkaufsrecht auch im Konkurse nichts Besonderes.

Dagegen wird man dem Wiederkäufer die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung bezüglich der vom Wiederverkäufer zu beobachtenden Leistungsbereitschaft nach Treu und Glauben nicht versagen dürfen. Ebenso ist das Erfordernis der Form für die Vereinbarung des Vorbehalts, wenn man den Wiederkauf analog der Vorverpflichtung als einen einheitlichen Vertrag mit zwei Stadien auffaßt, ohne weiteres verständlich.

Berücksichtigt man, das die Stintzingsche Vorverpflichtung naturgemäß ex delicto, ex lege, ex contractu und ex variis causarum figuris[1]) entstehen kann,

[1]) a. a. O., S. 11.

so wird man in den eigenartigen Bestimmungen über das Wiederkaufsrecht unbedenklich eine besondere Art solcher Verpflichtung erblicken dürfen. Die Pflicht zur Erfüllungsbereitschaft kann bei der Vielseitigkeit ihrer Entstehungsgründe unmöglich eine stereotype sein; dieselbe wird hinsichtlich der Art und des Umfanges je nach den Umständen, vor allem aber nach der Beschaffenheit des in Aussicht genommenen Vertrags zu bestimmen sein. Die Normen über das Wiederkaufsrecht erscheinen somit als die inhaltliche Ausgestaltung der in Form einer Kaufklausel auftretenden Vorverpflichtung zu einem Kaufgeschäft und finden damit ihre einfache Erklärung.

Daß bei der unbegrenzten Fülle von Möglichkeiten zu Vorverpflichtungen gerade die Vorverpflichtung zum Wiederverkauf in die geringe Zahl derartiger gesetzlicher Normierungen aufgenommen ist, hat, wenn wir an die Vergangenheit des Instituts denken, einen mehr rechtshistorischen Grund. Das Wiederkaufsrecht hat seine eigentliche Rolle längst gespielt, seine praktische Bedeutung ist gegenwärtig nur gering, doch gehört es zu jenen interessanten Rechtsgebilden, deren problematische Natur geeignet ist, den Streit der Meinungen herauszufordern, und deren größere Rolle damit in ihrer anregenden und befruchtenden Wirkung auf die Wissenschaft zu erblicken ist.